Sygn. akt: KIO 314/16

WYROK
z dnia 17 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez Odwołującego – AG – COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Mienia m.st. Warszawy,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 314/16

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Mienia m.st. Warszawy (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Prace polegające na utrzymaniu porządku i czystości na terenie międzywała Wisły, będącego we władaniu m. st. Warszawy, wykonywane przez pracowników zatrudnionych w ramach tzw. „Służby Brzegowej" (znak sprawy: 25/PN/2015), zwane dalej „Postępowaniem". Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 listopada 2015 r. pod numerem 2015/S 217-396224.

W dniu 25 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o jego unieważnieniu na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 4 marca 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy AG – COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący"), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w sytuacji, gdy po uwzględnieniu odwołania złożonego przez Odwołującego w sprawie toczącej się przed Izbą pod sygn. akt KIO: 42/16, Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ i wybrać ofertę Odwołującego,
2. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art. 146 ust. 1 Pzp,
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania celem jego kontynuowania zgodnie z przepisami Pzp i celem procedury, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego,

2. dokonania oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ z uwagi na wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów Pzp, nieudzielenie przedmiotowego zamówienia Odwołującemu prowadzi do powstania szkody po jego stronie w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w Postępowaniu, a także utraty korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia, bowiem oferta Odwołującego przedstawia najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą i tą, którą powinien Zamawiający wybrać w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podał, że w Postępowaniu wpłynęły 3 oferty: Polsuper sp. z o.o. z ceną 4.576.776,84 zł, Odwołującego – 3.849.965,31 zł i wykonawcy D.M. (dalej: „Wykonawca DM") – 4.074.217,00 zł. Na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 5.820.593,09 zł.

Zamawiający oceniał oferty w 2 kryteriach oceny ofert: cena (waga: 88%) i skrócenie godzin wykonania zadań z pkt 1 i 2 OPZ (12%), przy czym ocenie poddano oferowane skrócenie godzin wykonania zadań polegających na zbieraniu śmieci na terenie międzywała Wisły oraz zamiatania powierzchni na wybranych fragmentach ścieżek i nabrzeży w stosunku do godzin określonych w pkt 1 i 2 OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Za każde skrócenie wszystkich określonych terminów o pół godziny – 3 pkt (maksymalnie 12 pkt). Skrócenie czasu wykonania zadań dotyczy łącznie wszystkich terminów w omawianym zakresie:

1. 0,5 godz. – 3 pkt,
2. 1 godz. – 6 pkt,
3. 1,5 godz. – 9 pkt,
4. 2 godz. – 12 pkt.

W dniu 5 stycznia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę DM. Zamawiający przyznał ofertom następującą punktację:

1. Odwołujący – 94 pkt,
2. POLSUPER sp. z o.o. – 86,03 pkt,
3. Wykonawca DM – 95,15 pkt

Na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego w sprawie toczącej się przed KIO pod sygn. akt: KIO 42/16 Zamawiający zobowiązany był unieważnić czynność wyboru

oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym dokonać czynności wykluczenia Wykonawcy DM z Postępowania z uwagi na brak spełnienia warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji dokonać czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W dniu 25 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp. W uzasadnieniu podjętej czynności wskazał, że unieważnił Postępowanie gdyż Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej nie została przekazana zmiana do ogłoszenia o zamówieniu, która została zamieszczona na stronie Zamawiającego w dniu 4 grudnia 2015 r., a co za tym idzie – zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp – zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu.

Odwołujący podkreślił, że unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą że cel jego prowadzenia, tj, udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej.

Działanie Zamawiającego winno być zatem pozbawione jakiejkolwiek uznaniowości.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w toku Postępowania, w dniu 5 stycznia 2016 r., dokonał wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę DM. Na moment podejmowania tej decyzji Zamawiający „nie widział" konieczności unieważnienia Postępowania. Na skutek wniesionego odwołania Izba – wyrokiem z dnia 27 stycznia 2016 r. (sygn. akt: KIO 46/16) – nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym dokonać czynności wykluczenia Wykonawcy DM z Postępowania z uwagi na brak spełnienia warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji dokonać czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy,

Zamawiający od dnia wydania orzeczenia nie wykonał wyroku Izby – nie dokonał wykluczenia Wykonawcy DM, nie dokonał powtórzenia czynności badania i oceny oferty, nie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast prawie miesiąc po wydaniu orzeczenia Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu Postępowania.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że ww. przesłanka jest ściśle wiązana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 Pzp. Poza wprost

wymienionymi w tym przepisie przyczynami nieważności umowa podlega unieważnieniu również z przyczyn określonych w art. 146 ust. 6 Pzp i art. 70^5 K.c.

Odwołujący podkreślił, że wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła, tj. jakakolwiek wada postępowania. Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest zobligowany wskazać, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przepisów Pzp. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Odwołujący stwierdził, że nie każdy błąd Zamawiającego, niedokładność, przeoczenie, czy też błąd formalny/techniczny, których skutkiem są niedoskonałe postanowienia SIWZ czy ogłoszenia o zamówieniu, będzie prowadził do tego rodzaju wady postępowania, która wpływać będzie na niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący podał, że okoliczności wskazane przez Zamawiającego, jako wada Postępowania, nie są okolicznościami, do których odnosi się przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp – nie mieszczą się w hipotezach norm ustanowionych w art. 146 Pzp. Badając wpływ wady na wynik postępowania niezbędne jest bowiem wykazanie, że brak wystąpienia wady umożliwiłby zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący przytoczył następnie pierwotną i zmodyfikowaną treść warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 10.1.2. SIWZ) i stwierdził, że warunek został on zmodyfikowany w niewielkim stopniu (przez dodanie słów: „[…]lub kilku umów realizowanych w tym samym czasie w obrębie jednego miasta[…]"). Termin składania ofert w Postępowaniu upłynął dnia 18 grudnia 2015 r. Wśród złożonych ofert, nie było żadnej oferty, co do której mogłyby się pojawić wątpliwości, według którego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (przed czy po modyfikacji) należy ocenić jego spełnianie.

Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu unieważnienia, jako podstawę prawną skutkującą nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający wskazał art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podana przez Zamawiającego podstawa prawna nieważności umowy nie dotyczy stanu faktycznego zaistniałego w Postępowaniu, ponieważ przepis ten odnosi się do nieważności umowy w sytuacji niewykonania przez zamawiającego obowiązków publikacyjnych w zakresie trybów progowych, tj. o wartości przedmiotu

zamówienia poniżej albo powyżej progów unijnych (umowa będzie nieważna w sytuacji niezamieszczenia ogłoszenia w BZP dla postępowań o wartości poniżej progów unijnych albo nieprzekazania ogłoszenia do UOPWE dla postępowań powyżej tego progu).

W ocenie Odwołującego Zamawiający podejmując w dniu 5 stycznia 2016 r. decyzję o wyborze oferty wykonawcy, przesądził, iż „wada Postępowania", na którą się powołał w uzasadnieniu jego unieważnienia nie jest wadą istotną, bowiem nie udowodnił, aby jej wystąpienie miało lub mogło mieć wpływ na wynik Postępowania. Nie może być tak, że Zamawiający, który prowadzi Postępowanie i doskonale zna podjęte w jego toku czynności, upublicznia wiedzę o istnieniu jakiejkolwiek wady Postępowania dopiero po rozstrzygnięciu KIO, które nakazuje odrzucenie wybranej przez Zamawiającego oferty. Przez ponad miesiąc od tego rozstrzygnięcia Zamawiający nie podjął żadnych czynności zgodnie z orzeczeniem. W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że Zamawiający próbuje niejako na siłę unieważnić Postępowanie, aby tylko nie dokonać wyboru oferty Odwołującego, mimo iż nie podlega ona odrzuceniu, a Odwołujący spełnił warunki udziału w Postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując w następujący sposób.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający podkreślił, że w następstwie badania i oceny ofert dokonał wyboru oferty Wykonawcy DM, co zostało zakwestionowane przez Odwołującego i potwierdzone przez Izbę w orzeczeniu z dnia 27 stycznia 2016 r. (sygn. akt: KIO 42/16). Po otrzymaniu wyroku Zamawiający przystąpił niezwłocznie do ponownego badania ofert niepodlegających wykluczeniu. W toku tego badania spostrzegł, że dokonując zmiany warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia naruszył z art. 12a ust. 1 i 2 Pzp, przez co Postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji w jakiej znalazł się Zamawiający musiał unieważnić Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający zasygnalizował ponadto, że w toku ponownego badania i oceny ofert zauważył, że dokonując oceny oferty Odwołującego błędnie zinterpretował art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ odniósł oferowaną przez niego cenę jedynie do średniej arytmetycznej cen otrzymanych ofert, nie zaś do wartości zamówienia. Zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę względem wartości zamówienia. W sytuacji odrzucenia oferty Wykonawcy DM, do czego Zamawiający został zobligowany wyrokiem Izby, różnica między wartością oferty Odwołującego a wartością zamówienia wzrasta. Zamawiający zanim dokonałby ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

wezwałby Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie. Stwierdzenie, że Zamawiający zaniechał wyboru oferty Odwołującego, a tym samym naruszył art. 91 ust. 1 Pzp jest chybione. Oferta Odwołującego spełnia warunki udziału w Postępowaniu, ale zawiera rażąco niska cenę, a co za tym idzie nie jest najkorzystniejszą ofertą. Zamawiający, nie wezwał Odwołującego do wyjaśniania na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp rażąco niskiej ceny w związku z ujawnieniem istotnej wady niemożliwej do usunięcia uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą, a Zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z zaistnieniem przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający stwierdził, że dokonując modyfikacji warunków udziału w Postępowaniu, tj. dokonując zmiany treści SIWZ prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, powinien – zgodnie z art. 48 ust. 4a pkt 2 Pzp – przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie. Ponadto, powinien postąpić zgodnie z art. 12a ust. 1 i 2 Pzp, tj. przedłużyć termin składania ofert nie mniej niż o 22 dni, podczas gdy wykonawcom dano jedynie 13 dni.

Podkreślił, że na ciąży na nim obowiązek unieważnienia postępowania gdy:

1. wada postępowania jest do tego stopnia istotna, że nie da się jej usunąć, nie da

się konwalidować postępowania, jest nieusuwalna,

2. wada powoduje, że nawet gdyby umowa została zawarta pomimo niej, to i tak byłaby względnie nieważna (podlegałaby unieważnieniu).

Stwierdził, że rozbieżności pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu i to w tak istotnej kwestii jak warunki udziału w Postępowaniu nie są – jak to określa Odwołujący – niedoskonałością dokumentu. Są to dla wykonawców kluczowe zapisy, na podstawie których podejmują decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Zamawiający podał, że nie można zgodzić się z Odwołującym, że zmiana warunków udziału w Postępowaniu, znacznie je łagodząc, nie miała wpływu na jego wynik. Zmiana ta mogła mieć znaczący wpływ na potencjalny krąg wykonawców, a co za tym idzie na wynik Postępowania.

Podkreślił również, że treść art. 93 ust. 1 Pzp nie pozostawia możliwości oceny lecz wskazuje na czynność nieodwołaną i konieczną.

W ocenie Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ dokonał unieważnienia Postępowania, które nie zapewniało

równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający dokonał zmiany warunku udziału w Postępowania, która miała wpływ na krąg potencjalnych wykonawców. Nie opublikowanie tej modyfikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej spowodowało, że wykonawcy nie mieli szansy dowiedzieć się o tej modyfikacji, w konsekwencji czego oferty w Postępowaniu złożyli jedynie wykonawcy, którzy brali udział w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca DM, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia stwierdził, że jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia, co będzie możliwe w sytuacji utrzymania decyzji o unieważnieniu Postępowania i złożeniu kolejnej oferty w przypadku wszczęcia przez Zamawiającego nowej procedury. Podkreślił ponadto, że jego interes w zgłoszeniu przystąpienia polega również na oczekiwaniu przeprowadzenia Postępowania zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący – pismem z dnia 11 marca 2016 r. – zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu Wykonawcy DM do postępowania Odwoławczego.

W uzasadnieniu stwierdził, że pojęcie „interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia" należy utożsamiać z możliwością uzyskania zamówienia oraz że interes przystępującego nie może być oparty jedynie na spekulacjach polegających na założeniu, że zaistnieją kolejne zdarzenia, które skutkować będą uzyskaniem przez Wykonawcę DM zamówienia w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał ponadto, że Wykonawca DM nie wyjaśnił na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Zasygnalizował, że Izba – wyrokiem wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 42/16 – nakazała ponowną ocenę ofert i wykluczenie Wykonawcy DM. W konsekwencji – w ocenie Odwołującego – zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ Zamawiający unieważnił Postępowanie, a Wykonawca DM popiera tą czynność. W zaistniałej sytuacji żaden z wykonawców żądając unieważnienia postępowania nie uprawdopodobni, że zamawiający zdecyduje się wszcząć kolejne tożsame postępowanie, a wykonawca – w następstwie jego przeprowadzenia – uzyska zamówienie. Nieuwzględnienie odwołania nie wpłynie w żaden sposób na sytuację Wykonawcy DM w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał ponadto, że w wyniku wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 42/16 Wykonawca DM utracił status wykonawcy, ponieważ Izba nakazała m.in. wykluczenie go z Postępowania.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane

w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Odwołującego przeciw zgłoszonemu przez Wykonawcę DM przystąpieniu.

Skład orzekający podziela zawarte w opozycji stanowisko Zamawiającego, poparte orzecznictwem Izby, że interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, o którym mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp nie może być interpretowany w oderwaniu od przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. Jakkolwiek pierwszy z rodzajów interesu jest kategorią szerszą od interesu, którym musi legitymować się wykonawca wnoszący odwołanie, tym niemniej zauważyć należy, że także w przypadku uczestnika postępowania interes związany musi być z poprawieniem, bądź utrzymaniem jego pozycji w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając powyższe na uwadze i uwzględniając wcześniejszy wyrok KIO nakazujący wykluczenie z niego Wykonawcy DM, Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie – popierając decyzję Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania – interesem takim się nie legitymuje. Niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego Wykonawca DM nie będzie mógł odnieść żadnej korzyści w Postępowaniu, zaś wykazywanie interesu polegającego na możliwości uzyskania zamówienia w kolejnej wszczętej procedurze nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 185 ust. 2 Pzp, jako że nie ma związku z Postępowaniem, którego przebieg zainicjował postępowanie odwoławcze.

Jedynie na marginesie skład orzekający zauważa, że w okolicznościach stanu faktycznego można mieć wątpliwości, czy zgłoszenie przystąpienia dokonane zostało przez podmiot posiadający w momencie dokonywania tej czynności status wykonawcy w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Pzp. Należy mieć bowiem na względzie, że Izba w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 42/16 nakazała Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy DM z Postępowania i choć formalnie nakaz ten nie został wykonany, tym niemniej miał on charakter kategoryczny i nie podlegający dalszej interpretacji. Orzeczeniem tym Izba niejako przesądziła o utracie przez Wykonawcę DM statusu wykonawcy w Postępowaniu, tym bardziej zatem nie przysługuje mu taki status w postępowaniu odwoławczym.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SIWZ, komunikatu nr 1 z dnia 4 grudnia 2015 r. i pisma informującego o unieważnieniu Postępowania. Na ich podstawie

ustaliła, że stan faktyczny nie był przedmiotem sporu. Rozstrzygnięcia wymagało natomiast, czy czynność Zamawiającego uzewnętrzniona w treści komunikatu nr 1 stanowiła zmianę treści SIWZ powodującą zmianę ogłoszenia o zamówieniu, a jeśli tak, to czy brak jej publikacji w sposób przewidziany przepisami Pzp wypełnia dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W odniesieniu do pierwszego z poruszonych zagadnień skład orzekający uznał, wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego, że komunikatem nr 1 Zamawiający dokonał zmiany treści warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Umożliwił wykonawcom wykazywanie jego spełniania za pomocą jednej lub kilku umów, w miejsce dotychczasowego ograniczenia wyłącznie do jednej umowy. W związku z powyższym, niezależnie od sposobu sformułowania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, nie sposób twierdzić, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź stanowiła wyłącznie interpretację warunku (wyjaśnienie sposobu jego rozumienia), ta bowiem nie ingerowałaby w brzmienie tego postanowienia SIWZ. Nawet jeśli intencją wykonawcy składającego wniosek było uzyskanie odpowiedzi, czy w ocenie Zamawiającego doświadczenie, którym się legitymuje jest wystarczające do wykazania spełniania warunku, to udzielona przez Zamawiającego odpowiedź niosła dalej idące konsekwencje. Trafnie argumentował on w odpowiedzi na odwołanie, że dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, która rozszerzała krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji powyższych ustaleń Zamawiający powinien był dokonać odpowiednich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu i przesłać je zgodnie z procedurą, o której mowa w przepisie art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp. Co więcej, mając na względzie, że dokonana zmiana SIWZ powodowała konieczność zmiany ogłoszenia o zamówieniu, a zmianę uznać należało za istotną (vide art. 12a ust. 2 Pzp) Zamawiający zobligowany był również do przedłużenia terminu składania ofert o obligatoryjny okres nie krótszy od 22 dni (argument z art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp). Żadnego z tych obowiązków Zamawiający jednak nie wykonał, czym uchybił powołanym powyżej przepisom.

W zakresie drugiego z zagadnień Izba stwierdziła, że Zamawiający był uprawniony do unieważnienia Postępowania w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Rację należało przyznać Odwołującemu, że katalog przesłanek unieważnienia procedury udzielenia zamówienia publicznego ma charakter zamknięty, a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek. Tym niemniej – po pierwsze – przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ze względu na sposób jej sformułowania, nie można wyrazić zamkniętym katalogiem okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania, po drugie zaś – nie jest uzasadniona taka interpretacja wspomnianego przepisu, w świetle której nie jest *de facto* w ogóle możliwe unieważnienie postępowania na jego podstawie.

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że zawarta w następstwie dotkniętej nim procedury umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby – w świetle art. 146 ust. 1 Pzp – unieważnieniu.

Skład orzekający uznał, że w przedmiotowej sprawie ww. warunki zostały spełnione, ponieważ Zamawiający w istocie uchybił obowiązkowi publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co stanowi przesłankę unieważnienia umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie podzielono przy tym stanowiska Odwołującego, że przepis ów odnosi się wyłącznie do ogłoszenia o zamówieniu, nie zaś do ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, ponieważ treść każdej zmiany ogłoszenia staje się jego integralną częścią, stąd zaniechanie jej upublicznienia stanowi zaniechanie dotyczące samego ogłoszenia.

Zdaniem Izby nie miała znaczenia okoliczność, że Zamawiający wykrył wadę stanowiącą podstawę unieważnienia Postępowania dopiero w toku ponownego badania i oceny ofert, stanowiącego efekt wcześniejszego orzeczenia Izby. Należy zauważyć, że Zamawiający może w każdym czasie, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, korygować błędy popełnione w toku postępowania. Dokonanie takich czynności po upływie znacznego okresu czasu świadczyć może ewentualnie o braku staranności w prowadzeniu procedury udzielenia zamówienia publicznego, ale nie wpływa na ocenę zasadności decyzji o unieważnieniu postępowania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający uznał, że Zamawiający nie naruszył powołanych w *petitum* odwołania przepisów, wobec czego podlegało ono oddaleniu, o czym orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238). Nie zasądzono na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ nie przedstawił on rachunku, o którym mowa w § 3 pkt 2 przywołanego aktu normatywnego.
Umowa o zastępstwo procesowe zawarta z Zamawiającym wymogu takiego nie spełnia.

Przewodniczący: ……